

Studien zum Unternehmens- und Wirtschaftsrecht  
Arthur Weilingner (Hg.)

ALEXANDER WIMMER

# Die Konzernbildungs- kontrolle bei Kapitalgesellschaften



Nomos

facultas



### **Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

© 2019 Facultas Verlags- und Buchhandels AG

facultas Universitätsverlag, A-1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz und Druck: Facultas Verlags- und Buchhandels AG

Printed in Austria

Österreich: ISBN 978-3-7089-1918-8 (facultas)

Deutschland: ISBN 978-3-8487-6385-6 (Nomos)

## Vorwort des Herausgebers

Die Konzernierung von Unternehmen ist im heutigen Wirtschaftsleben nicht mehr wegzudenken. In vielen Branchen bildet sie die Regel und nicht mehr eine Ausnahme. Dies hat unterschiedliche wirtschaftliche und steuerrechtliche Gründe und ist vielfach auch auf die Internationalisierung der Unternehmen zurückzuführen. Als Koordinationsmodell für – vielfach globale – Wertschöpfungsketten bringt diese Unternehmensorganisationsform zahlreiche Vorteile für die Wirtschaftstreibenden.

Angesichts dieses Befunds taucht die Frage auf, ob beteiligungsabhängige Gesellschaften ohne weiteres konzerniert werden dürfen oder ob dies unter Umständen im Spannungsfeld oder gar im Widerspruch zum geltenden (Gesellschafts-)Recht steht. Da sich der Gesetzgeber zu dieser Frage nicht expliziert äußert, ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft sich dieses Fragenbereiches anzunehmen.

Das vorliegende Werk von Herrn *Alexander Wimmer* widmet sich nun als erste – soweit ersichtlich – Monographie zum österreichischen Recht eingehend dieser Thematik. Dies ist nicht nur thematisch äußerst anspruchsvoll, sondern eben auch von zunehmender praktischer Bedeutung. Die Arbeit beschäftigt sich mit dem Konzernrecht als Querschnittsmaterie und zeigt die zahlreichen Verbindungslinien und Schnittpunkte zwischen verschiedenen Rechtsbereichen auf. Insbesondere tritt dabei verstärkt das Zusammenwirken von Gesellschaftsrecht und Steuerrecht hervor.

Auch aufgrund des spärlichen Normenmaterials im Gesellschaftsrecht ist die Behandlung der Thematik eine methodisch herausfordernde Aufgabe, die *Alexander Wimmer* aber präzise und überzeugend meistert.

Die vorliegende Untersuchung basiert auf der von *Alexander Wimmer* verfassten und an der Universität Wien approbierten Dissertation, welche etwa auch durch den Preis der Österreichischen Bankiers 2019 gewürdigt wurde. Das vorliegende Werk leistet einen wichtigen Beitrag zum Verständnis des „Konzernrechts österreichischer Prägung“ und wird einen wichtigen Beitrag in der Diskussion der Fachwelt leisten.

Wien, im September 2019

*Arthur Weilingner*

## Vorwort des Autors

Der Konzern als eine Form der Unternehmensorganisation prägt unsere marktwirtschaftliche Praxis. Insbesondere bei grenzüberschreitend-wirtschaftlichen Tätigkeiten entfaltet dieses Produkt der Privatautonomie seine ungeheure Leistungskraft. Bei dieser Praxisrelevanz vermag es *prima vista* zu verwundern, dass bisher die diesbezüglichen Normen im (Gesellschaftsrecht) spärlich geblieben sind. In kaum einem anderen Rechtsbereich klaffen die tatsächlichen Gegebenheiten und die gesetzliche Regelungssituation derart weit auseinander. In den letzten Jahren kam es jedoch vor allem auf europäischer Ebene zu einer Renaissance des Kodifizierungsgedankens im Konzernrecht. Diese Beobachtungen waren mitunter maßgebliche Aspekte für die Wahl des vorliegenden Themas. Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung werden vor allem Rechtsfragen rundum die Entstehung von Konzerngebilden behandelt.

Die Dissertation habe ich größtenteils während meiner Tätigkeit als Universitätsassistent am Institut Recht der Wirtschaft aber auch davor neben meiner Konzipiententätigkeit verfasst. Sie wurde im März 2019 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien als Dissertationsschrift approbiert. Die Abhandlung wurde mit einem Preis der Österreichischen Bankiers ausgezeichnet. Für die Veröffentlichung wurde das Typoskript überarbeitet bzw. seither erschienene, einschlägige Literatur und Rechtsprechung nach Möglichkeit eingearbeitet. Die Abhandlung berücksichtigt Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum bis einschließlich Juli 2019.

Nun zum wichtigeren (aber auch schwierigeren) Teil dieses Vorworts. Ich möchte an dieser Stelle all jenen einen großen Dank aussprechen, die mich beim Fortgang der Dissertation unterstützt haben. So etwas schafft man niemals allein, sondern immer nur im Team. Besonderer Dank gilt meinem Erstbetreuer, akademischen Lehrer und Förderer Herrn Univ.-Prof. Dr. Dr. *Arthur Weilingner*. Vor allem für seine wertvollen Anregungen bzw. seinen umsichtigen Führungsstil und die weitgehenden Entfaltungsmöglichkeiten am Institut, schulde ich ihm großen Dank. Zu danken gilt es überdies Herrn Univ. Prof. Dr. *Friedrich Rüdfler*, LL.M. sowie Frau Univ. Prof. Dr. *Elisabeth Borth-Böhler*, die als Zweitbeurteiler durch die zeitnahe Begutachtung der Dissertation jedwede Verzögerungen hintanhalt. Zu danken ist ebenso Herrn em. Univ.-Prof. Dr. *Hans-Georg Koppensteiner*, LL.M. für zahlreiche, hilfreiche Ratschläge, Typoskripte und Denkanstöße im Rahmen der Erarbeitung der Dissertation. Großer Dank gebührt auch meinen lieben Kolleginnen und Kollegen am Institut, die stets für eine gute (Arbeits-)Atmosphäre sorgen. Zu danken gilt es insbesondere auch Frau *Stephanie Fitzthum*, die mir bei der Erstellung der Verzeichnisse und Register enorm geholfen hat. Zudem wurde ich im Publikationsprozess von Herrn *Peter Wittmann* und Frau *Carmen Glitzner* vonseiten des facultas Verla-

ges kompetent betreut. Um die Umsetzung des Manuskripts in die Druckvorlage hat sich Frau *Susanne Karner* verdient gemacht, wofür Ihr großer Dank gebührt.

Last but not least gebührt der größte Dank (der bereits persönlich überbracht wurde) den wichtigsten Menschen in meinem Leben, meinem engeren Freundeskreis sowie meiner Familie. Vor allem meinen lieben Eltern ist zu danken. Sie haben mir die wichtigsten Aspekte im Leben gelernt, die einem keine formale Bildungseinrichtung beibringen kann. Zudem haben sie mir stets liebevollen Rückhalt gegeben. Für das und alles weitere, hier Unerwähnte vielen Dank! Daher ist auch euch die Arbeit gewidmet!

Wien, im September 2019

*Alexander Wimmer*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort des Herausgebers</b> .....	7
<b>Vorwort des Autors</b> .....	9
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	25
<b>ERSTER ABSCHNITT: GRUNDLEGUNG</b> .....	31
<b>Erstes Kapitel: Einleitung und analytischer Rahmen</b> .....	31
I. Einführung in das Thema der Arbeit und Untersuchungsgegenstand .....	31
II. Gang der Untersuchung und Methodik .....	33
<b>Zweites Kapitel: Das Phänomen der Konzernbildung und diesbezügliche Regelungszugänge</b> .....	34
I. Die Konzernbildung .....	34
A. Grundlegendes – Historische Ursprünge des Konzerns .....	34
B. Die Konzernbildung als vielfältiger Prozess und Zustand in der Rechtswirklichkeit .....	36
C. Die Konzernbildung/Unternehmenskonzentration aus wirtschaftlicher Sicht .....	38
1. Allgemeines – Ökonomische Theorien im Unternehmens- und Gesellschaftrecht .....	38
2. Betriebs-, finanz- und volkswirtschaftliche Aspekte der Konzernbildung .....	39
II. Allgemeiner Regelungszugang – Der rechtliche Zugriff auf das Phänomen der Konzernbildung .....	43
A. Vorbemerkung .....	43
B. Rechtsentwicklung in Österreich und Deutschland .....	43
C. Status quo in Österreich .....	45
1. Grundlegendes – Konzernrecht als Spezialbereich des Gesellschaftsrechts .....	45
2. Ordnungspolitischer Charakter des Konzernrechts – Die Konzernneutralität des Gesellschaftsrechts .....	47
3. Das Steuerrecht als wirtschaftspolitisches Steuerungsmittel des Gesetzgebers .....	50
D. Rechtsvergleich und Bestrebungen des europäischen Gesetzgebers .....	54

<b>Drittes Kapitel: Theoretisch-konzeptionelle Grundlagen und Anknüpfungspunkte der Konzernbildungskontrolle</b> .....	59
I. Vorbemerkung.....	59
II. Ausgangspunkt Konzerngefahr und Ansinnen des § 15 AktG.....	59
III. Grundbegriffe und Anknüpfungspunkte.....	62
A. Allgemeines und Systematik des § 15 AktG – Bedeutung im prinzipienbasierten österreichischen Konzernrecht .....	62
B. Zentrale Begriffspaare.....	64
1. Konzernrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen .....	64
2. Abhängigkeit und Konzern .....	64
3. Faktische/beteiligungsvermittelte und unternehmensvertragsbasierte Abhängigkeit.....	69
4. Einfache und qualifizierte Abhängigkeits- und Konzernlagen.....	70
5. Gleichordnung- und Unterordnungskonzern.....	70
C. Die (Un-)maßgeblichkeit des Unternehmensbegriffs.....	71
1. Grundsätzliches und Meinungsstand.....	71
2. Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang – Kein Ausschließlichkeitskriterium .....	74
IV. Funktionsbezogenes Verständnis der Konzernbildungskontrolle – Wesen und Schutzanliegen der Konzernbildungskontrolle .....	76
A. Allgemeines Begriffsverständnis, Abgrenzung und chronologischer Ansatzpunkt.....	76
B. Dahinterstehende Schutzanliegen und Lösungsansätze zur Interessenwahrung .....	78
C. Verhältnis von Konzernbildungs- und Konzernleitungs-/Konzernzustandskontrolle .....	81
V. Weitergehende Typusbildung und Ansatzpunkte .....	83
A. Vorbemerkung.....	83
B. Differenzierung zwischen börsenotierter und nicht-börsenotierter AG.....	84
C. Die Familiengesellschaft als Ansatzpunkt?.....	85
VI. Das zentrale Rechtsinstitut der mitgliedschaftlichen Treuepflicht .....	87
A. Grundlegendes und Differenzierungen .....	87
B. Allgemeines zum Konzept der Treuepflicht – Grundlagen und Wesensart .....	88
C. Funktion und Reichweite der horizontalen Treuepflicht.....	92
D. Die Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern .....	97

<b>ZWEITER ABSCHNITT: KONZERNBILDUNGSKONTROLLE BEI DER (POTENZIELL) ABHÄNGIGEN KAPITALGESELLSCHAFT .....</b>	<b>99</b>
<b>Erstes Kapitel: Grundlagen .....</b>	<b>99</b>
I. Allgemeines – Konzernbildung aus Sicht der abhängigen Kapitalgesellschaft .....	99
II. Die Konzerngefahren für die Beteiligten der abhängigen Kapitalgesellschaft .....	99
III. Keine Konzernbildungsschranken bei Gründung einer abhängigen Kapitalgesellschaft .....	101
IV. Schutz der Gläubiger der Untergesellschaft vor Abhängigkeitsbegründungen? .....	102
A. Allgemeines und mittelbarer Schutz durch allgemeine Institute .....	102
B. Konzernbildungsschranken zugunsten der Sonderrechtsinhaber .....	105
1. Grundlegendes und Charakteristika .....	105
2. Möglichkeit und Voraussetzungen zur Ausgabe von Sonderrechtskapital .....	107
3. Schutz vor Abhängigkeits- oder Konzernierungs begründung? .....	108
<b>Zweites Kapitel: Konzernbildungskontrolle in der (potenziell) abhängigen GmbH .....</b>	<b>113</b>
I. Allgemeines – Die GmbH als perfekte Konzerntochter .....	113
II. Allgemeine Beherrschungsmittel im GmbH-Recht .....	114
A. Grundlegendes .....	114
B. (Mehrheits-)Beteiligung .....	115
C. Minderheitsbeteiligung, (gesellschafts-)vertragliche Sonderrechte und kombinierte Beherrschungsmöglichkeit .....	118
D. Beherrschungsmöglichkeit durch Unternehmensvertrag .....	119
1. Grundlegendes und Charakteristika .....	119
2. Zulässigkeit und Mittel zur Beherrschung .....	122
E. Sonderkonstellationen .....	123
1. Mehrmütterherrschaft .....	123
2. Wechselseitige Beteiligungen .....	124
III. Rechtsinstrumente des konzernrechtlichen Präventivschutzes .....	126
A. Allgemeines .....	126
B. Gesellschaftsvertraglicher Präventivschutz .....	126
1. Vorbemerkung .....	126
2. Situationsübergreifende Schutzinstrumentarien .....	127

a) Zustimmungsvorbehalte (samt erhöhten Zustimmungsmehrheiten).....	127
b) Austritt- und Ausschlussrechte.....	128
aa) Interessenlage.....	128
bb) Rechtswirksamkeitsdeterminanten.....	128
cc) Rechtstechnische Umsetzungsmöglichkeiten.....	130
c) Melde- und Informationspflichten .....	133
d) Stimmrechtsregelungen.....	133
aa) Grundlegendes.....	133
bb) Höchst- und Mehrfachstimmrechte .....	133
e) Flankierende Streitbeilegungsmechanismen.....	134
3. Situationsbedingte Schutzinstrumentarien .....	136
a) Übertragungsbeschränkungen von Geschäftsanteilen.....	136
aa) Grundlegendes – Grundsatz der freien Übertragung.....	136
bb) Statuierung eines Abtretungsverbots (für den beherrschenden Gesellschafter).....	136
cc) Vinkulierungsklauseln.....	138
dd) Aufgriffsrechte .....	144
(1) Allgemeines und begriffliche Klarstellung.....	144
(2) Rechtstechnische Ausgestaltung des Aufgriffsrechts .....	145
(3) Eignung für den vorliegenden Zusammenhang .....	146
ee) Vorkaufsrechte.....	147
ff) Mitverkaufsrechte – <i>tag along</i> -Klauseln.....	148
gg) Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen in Sonderkonstellationen .....	150
(1) Grundlegendes.....	150
(2) Umgehungsfälle .....	150
(3) Mittelbare Machtwechsel und Anteilsverschiebungen .....	151
(4) Erbrechtliche Konstellationen .....	153
(5) Gesellschaftsrechtliche Konstellationen.....	154
(6) Insolvenz und Exekution .....	155
b) Stimmverbote .....	157
c) Statutarisches Wettbewerbsverbot.....	158
4. Nachträgliche Einführung von gesellschaftsvertraglichen Präventivschutzregeln.....	160
a) Allgemein.....	160
b) Übertragungsbeschränkungen .....	161
c) Wettbewerbsverbot, Ausschluss- und Austrittrecht .....	163
d) Stimmrechtsklauseln .....	163
5. Aufhebung und Befreiung von vertraglichen Schutzinstrumentarien.....	165
a) Überblick und Möglichkeit der Satzungsdurchbrechung.....	165
b) Satzungsänderung und Dispenserteilung .....	166

C. (Schuldrechtliche) Nebenabreden.....	168
1. Allgemeines .....	168
2. Wechselwirkung zwischen Gesellschaftsvertrag und Nebenabreden .....	171
D. Beteiligungsausgliederungen auf selbstständige Rechtsgebilde.....	174
E. Vorsorgliche Gestaltung des Konzernzustands bei Abhängigkeitsbegründung .....	175
1. Interessenlage .....	175
2. Konkrete Gestaltungsoptionen.....	176
F. Gesetzlicher Präventivschutz.....	177
1. Ausgangslage und Vorgehensweise .....	177
2. Schutzinstrumente bei Abhängigkeitsbegründung.....	179
a) Situationsübergreifende Schutzinstrumentarien .....	179
aa) Abhängigkeitsbegründungsverbot, Zustimmungsvorbehalt und Nachverhandlungsanspruch .....	179
(1) Ausgangslage und Meinungsstand.....	179
(2) Stellungnahme.....	181
bb) Austritts- und Ausschlussrechte.....	187
(1) Allgemeines .....	187
(2) Ausgangslage und Rechtsvergleich zum Austrittsrecht .....	188
(3) Potenzielle Rechtsgrundlagen im österreichischen Recht....	189
i. Meinungsstand.....	189
ii. Stellungnahme .....	190
(4) Abhängigkeitsbegründung oder nachfolgende Konzernierungsstufen als wichtiger Grund?.....	192
(5) Ausschluss des beherrschenden Rechtsträgers.....	195
cc) Informations- und Mitteilungspflichten.....	196
b) Situationsbedingte Schutzinstrumentarien.....	200
aa) (Konzernrechtliches) Wettbewerbsverbot .....	200
(1) Allgemeines und Meinungsstand .....	200
(2) Stellungnahme.....	201
(3) Rechtsfolgen .....	205
bb) Abtretungsverbot und Zustimmungsvorbehalt.....	205
cc) Die materielle Beschlusskontrolle von abhängigkeitsbegründenden Beschlüssen .....	208
(1) Grundlegendes .....	208
(2) Meinungsstand.....	208
(3) Stellungnahme.....	210
(4) Besondere Konstellationen.....	215
i. Kapitalerhöhung.....	215
ii. Umgründungen .....	224
dd) Präventive Kontrollmechanismen bei Unternehmensverträgen...	228
G. Sonstige Anknüpfungspunkte im Konzernierungsprozess.....	231

1. Vorbemerkung .....	231
2. Faktische Konzernierung.....	232
3. Qualifiziert-faktischer Konzern.....	233
H. Rechtsschutzfragen .....	236
1. Allgemeines .....	236
2. Konkrete Rechtsschutzmittel.....	236
<b>Drittes Kapitel: Konzernbildungskontrolle in der (potenziell) abhängigen AG .....</b>	<b>237</b>
I. Allgemeines .....	237
A. Das gesetzliche Leitbild und Rechtswirklichkeit der AG .....	237
B. Gesetzliche Kompetenzverteilung und Schutzbedürftigkeit von Minderheitsaktionären .....	238
C. Typologische Zweiteilung des Aktienrechts und Hybridstellung des Aktionärs.....	240
II. Die Beherrschungsmittel im Aktienrecht .....	242
A. Vorgehensweise.....	242
B. Mehrheitsherrschaft. ....	242
C. Satzungsrechtliche Sonderrechte .....	243
D. Kombinatorische Beherrschung .....	244
E. Wechselseitige Beteiligungen .....	244
F. Beherrschungsmöglichkeit durch Unternehmensvertrag .....	245
G. Anderweitige Beherrschungsmöglichkeiten .....	246
III. Rechtsinstrumente des konzernrechtlichen Präventivschutzes.....	246
A. Satzungstechnischer Präventivschutz.....	246
1. Vorbemerkung .....	246
2. Allgemeines zur Satzungsstrenge im Spannungsverhältnis zu den zu lösenden Problemlagen und rechtsvergleichende Rundschau .....	247
3. Paradigmenwechsel durch OGH 6 Ob 28/13f.....	249
a) Das Urteil in seinen Grundzügen .....	249
b) Allgemeine Schlussfolgerungen aus dem Urteil .....	251
4. Situationsübergreifende Schutzinstrumentarien.....	256
a) Zustimmungsvorbehalte (samt erhöhten Zustimmungsmehrheiten).....	256
b) Austritt und Ausschlussrechte und Zwangseinziehung .....	258
c) Melde- und Informationspflichten .....	259
d) Höchst- und Mehrfachstimmrechte .....	259
e) Spezielle Maßnahmen bzgl des Aufsichtsrats .....	261
f) Flankierende Streitbeilegungsmechanismen .....	261
5. Situationsbedingte Schutzinstrumentarien .....	262
a) Übertragungsbeschränkungen von Aktien.....	262

aa) Statuierung eines Abtretungsverbots (für den beherrschenden Aktionär) .....	262
bb) Vinkulierung der Aktien.....	263
(1) Grundlegendes .....	263
(2) Zustimmung(sverweigerung) durch den Aktionärskreis .....	264
cc) Aufgriffsrechte.....	267
dd) Vorkaufsrechte .....	267
ee) Mitverkaufsrechte – tag along-Klauseln .....	268
ff) Die Wirkung von Übertragungsbeschränkungen in Sonderkonstellationen .....	268
b) Stimmverbote und sonstige Stimmrechtsregelungen .....	269
c) Statutarische Wettbewerbsverbote .....	269
6. Nachträgliche Einführung von Präventivschutzregeln.....	270
7. Aufhebung und Befreiung von vertraglichen Schutzinstrumentarien .....	271
B. (Schuldrechtliche) Nebenabreden.....	271
C. Beteiligungsausgliederung und vorsorgliche Gestaltung der Konzernorganisation.....	273
D. Gesetzlicher Präventivschutz.....	273
1. Allgemeines .....	273
2. Schutzinstrumente bei Abhängigkeitsbegründung .....	273
a) Situationsübergreifende Schutzinstrumentarien .....	273
aa) Abhängigkeitsbegründungsverbot, Zustimmungsvorbehalt und Nachverhandlungsanspruch .....	273
bb) Austritts- und Ausschlussrechte.....	275
cc) Informations- und Mitteilungspflichten.....	276
b) Situationsbedingte Schutzinstrumentarien.....	277
aa) (Konzernrechtliches) Wettbewerbsverbot .....	277
(1) Meinungsstand .....	277
(2) Stellungnahme.....	278
bb) Abtretungsverbot und Zustimmungsvorbehalt.....	279
cc) Materielle Beschlusskontrolle von abhängigkeitsbegründenden Beschlüssen .....	281
(1) Vorgehensweise und allgemeine Grundsätze .....	281
(2) Kapitalerhöhung.....	283
(3) Umgründungen .....	287
dd) Präventive Kontrollmechanismen bei Unternehmensverträgen ...	288
3. Sonstige Anknüpfungspunkte im Konzernierungsprozess .....	290
4. Besonderheiten bei börsennotierten Aktiengesellschaften.....	290
a) Allgemeines .....	290
b) Funktion der Börse und Hybridstellung des Aktionärs .....	291
c) Verhältnis von Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle – Neubewertung durch die Änderung der Aktionärsrechte-RL?.....	291

aa) Überblick.....	291
bb) Weiterhin Fokus auf den Zeitpunkt der Kontrollerlangung .....	293
cc) Conclusio und Schlussfolgerungen bzgl der weiteren Vorgehensweise .....	295
d) Die Spezifika des Übernahmerechts.....	295
aa) Wesensart, Grundstruktur und Verhältnis zum Aktienrecht.....	295
bb) Die übernahmerechtlichen Angebotsarten und ihr Verhältnis zueinander.....	297
cc) Die zentrale Stellung des Instituts des Pflichtangebots .....	298
(1) Grundlagen .....	298
(2) Regelungsanliegen des Pflichtangebots – Konzernrechtliche Bezüge.....	300
(3) Erfasste Konstellationen – Anwendungsbereich .....	305
(4) Rechtsfolgen.....	307
i. Überblick und die (lückenhafte) Sanktion des Stimmrechtsruhens.....	307
ii. Zivilrechtliche Ansprüche – Kontrahierungszwangs oder Schutzgesetzcharakter des § 22 ÜbG? .....	308
dd) Das Spannungsverhältnis zwischen Verhinderungsverbot und Abwehrmaßnahmen bei Übernahmeangeboten.....	313
(1) Allgemeines – Rechtspolitische Kritik/Änderungsbedarf? ....	313
(2) Nahezu kein Spielraum für eigenständige Abwehrmaßnahmen des Vorstands.....	315
e) Börserechtliche Publizitätspflichten beim Aufbau von Abhängigkeits- und Konzernverbindungen .....	317
aa) Überblick – Beteiligungstransparenz und Ad-hoc-Publizität .....	317
bb) Relevante Tatbestände .....	318
cc) Rechtsfolgen.....	321
E. Rechtsschutzfragen .....	322
1. Allgemeines .....	322
2. Konkrete Rechtsschutzmittel.....	322
3. Zusätzliche kapitalmarktrechtliche Rechtsschutzmöglichkeiten.....	323
a) Übernahmerecht .....	323
b) Börserechtliche Publizitätsvorschriften.....	325

**DRITTER ABSCHNITT: KONZERNBILDUNGSKONTROLLE  
BEI DER (POTENTIELL) BEHERRSCHENDEN  
KAPITALGESELLSCHAFT.....** 327

**Erstes Kapitel: Grundlagen und Gläubigerschutz.....** 327

I. Allgemeines und Vorgehensweise..... 327

II. Typische Konzernbildungsvorgänge auf Ebene der Obergesellschaft .....

A. Ausgliederung/Ausgründung.....	327
B. Beteiligungserwerbe .....	329
C. Abschluss von Unternehmensverträgen.....	330
D. Weitere denkbare Konzern(fort)bildungskonstellationen .....	330
III. Gesellschaftsrechtliche Problemstellungen	
bei der beherrschenden Kapitalgesellschaft.....	331
A. Über die Konzerngefahr auf Ebene der beherrschenden Gesellschaft und das (potenzielle) Konzerninteresse .....	331
B. Veränderung bzw Einengung der Leitungs-, Kontroll- und Auskunftsbefugnisse .....	338
C. Mediatisierung der mitgliedschaftlichen Mitwirkungsrechte .....	340
D. Vermögensverlagerung, strukturelle Nachrangigkeit und Intransparenz der Kapitalstrukturrisiko im Konzern als Resultat des Durchleitungs- Metarmophosen- Teleskop- und Pyramideneffekts ..	344
E. Zusätzliche Haftungsrisiken und weitere Risiken .....	348
F. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen.....	349
1. Erweiterung der Schutzaspekte.....	349
2. Chronologischer Ansatzpunkt und Verhältnis von Konzernbildungs- zur Konzernleitungskontrolle .....	351
3. Gang der Untersuchung .....	352
IV. Konzernbildungsschranken zugunsten	
der Gläubiger der Obergesellschaft .....	352
A. Grundlegendes und Vorgehensweise .....	352
B. Abhilfe durch Transparenz, Vertragsgestaltung bzw konzernspezifischen Gläubigerschutz .....	353
C. Gesetzliche Schranken bei Begründung von Abhängigkeitslagen .....	355
1. Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht .....	355
a) Grundlegendes .....	355
b) Schutz durch das Kapitalaufbringungsregime .....	358
aa) Allgemeines .....	358
bb) Dogmatische Grundlagen – Das Prinzip der realen Kapitalaufbringung.....	361
cc) Zusätzliche Themen bei Maßnahmen vor Eintragung/Anmeldung .....	362
(1) Gründungsfähigkeit der Vorgesellschaft .....	362
(2) Unterbilanzhaftung und Gründungskosten .....	362
dd) Über das Verhältnis zwischen freier Verfügung, verdeckter Sacheinlage und Hin- und Herzahlen.....	363
ee) Liegt eine verdeckte Sacheinlage vor?.....	366
(1) Grundlegendes zur verdeckten Sacheinlage.....	366
(2) Anwendbarkeit im Konzern bzw im Unternehmensverbund .....	368

(3) Konkrete Zurechnungskriterien im Konzern bzw im Unternehmensverbund.....	369
(4) Kaskadengründung.....	374
(5) Beteiligungserwerb.....	376
ff) Rechtslage bei der AG – Zusätzliche Prüfung durch § 45 AktG.....	376
gg) Rechtsfolgen.....	378
c) Schutz durch Kapitalerhaltungsvorschriften .....	379
aa) Ausgangssachverhalt und Vorgehensweise .....	379
bb) Dogmatische Grundlagen.....	380
cc) Konkrete Zurechnungskriterien im Konzern bzw im Unternehmensverbund.....	382
dd) Unmittelbare Beteiligung eines Gesellschafters an der abhängigen Gesellschaft.....	383
ee) Ohne direkte Beteiligung, Beteiligungsausgliederung und Beteiligungserwerbe.....	386
ff) Rechtsfolgen.....	387
gg) Abspaltung zur Aufnahme ohne Anteilsgewähr .....	388
d) Schutz durch andere Gläubigerschutzvorschriften .....	388
aa) Allgemeines .....	388
bb) Nicht nützliche Gläubigerschutzbestimmungen.....	388
cc) Nützliche Gläubigerschutzbestimmungen.....	390
e) Sonderstellung der Sonderrechtsinhaber .....	391

**Zweites Kapitel: Konzernbildungskontrolle**

<b>bei der (potenziell) beherrschenden AG .....</b>	<b>392</b>
I. Allgemeines .....	392
A. Grundlegende gesetzliche Kompetenzverteilung – Fehlendes Schutzbedürfnis aufgrund Aufsichtsratsbeteiligung?.....	392
B. Die Hauptversammlung in der Kompetenzordnung der AG – Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung .....	394
1. Grundlegendes.....	394
2. Die Rolle der Hauptversammlung im Rahmen von unternehmerisch-strukturellen Entscheidungen .....	395
II. Rechtsinstrumente des konzernrechtlichen Präventivschutzes.....	397
A. Schutz durch Satzungsgestaltung.....	397
1. Statutarische Kompetenzverlagerung zugunsten der Hauptversammlung? – Möglichkeit der Statuierung von Weisungsrechten oder Zustimmungsvorbehalten? .....	397
2. Exkurs: Rechtspolitisches Desideratum Zustimmungsvorbehalte der Hauptversammlung.....	398
3. Relevanz der konkreten Umschreibung des Unternehmensgegenstandes .....	400

a) Schutzfunktion des Unternehmensgegenstandes .....	400
b) Erfordernis einer Konzerneroeffnungsklausel bzw Holdingklausel?.....	401
c) Faktische Satzungsänderung – Über- bzw Unterschreiten des Unternehmensgegenstandes .....	403
d) Rechtsfolgen .....	406
B. Gesetzliche Rechtsinstitute.....	407
1. § 237 AktG bei Übertragung des (im Wesentlichen) gesamten Gesellschaftsvermögens.....	407
a) Allgemeines .....	407
b) Mittelbare Schutzwirkung in Konzernbildungssachverhalten .....	408
c) Details .....	410
2. Maßgeblichkeit des § 238 AktG für die beherrschende AG?.....	411
3. Ausgliederung mittels Abspaltung zur Aufnahme ohne Anteilsgewähr .....	412
C. Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeit – Die <i>Holzmueller/Gelatine</i> -Doktrin.....	413
1. Grundlegendes .....	413
2. Die Rechtsentwicklung in Deutschland .....	413
a) Das Holzmueller-Urteil .....	413
b) Die Rechtsentwicklung bis zu den Gelatine-Entscheidungen.....	417
c) Die Gelatine-Entscheidungen als wohlthuende Zäsur .....	418
d) Darauf folgende Entwicklungen, Nichtannahmebeschlüsse und Status quo .....	420
3. Rezeption bzw aktuelle Relevanz in Österreich.....	421
a) Lehre .....	421
b) Rechtsprechung.....	423
4. Zwischenfazit und Schlussfolgerungen .....	425
a) Anwendbarkeit, Schutzzweck und Rechtsgrundlage .....	425
b) Anwendungsbereich.....	429
aa) Quantitative Voraussetzungen und Bezugspunkte .....	429
bb) Abgrenzungen.....	431
cc) Einzelne Fallgruppen .....	433
(1) Ausgliederungen .....	433
(2) Beteiligungserwerb .....	433
(3) Abschluss von Unternehmensverträgen .....	435
(4) Anderweitige Formen der Konzern(fort-)bildung .....	436
c) Rechtsfolgen .....	438
aa) Allgemeines .....	438
bb) Vertretungsmacht, Beschlussmehrheit und Pflicht zur Vorbereitung der Hauptversammlung.....	438
cc) Inhaltliche Anforderungen an den Beschluss und zusätzlich begleitende Maßnahmen .....	441

(1) Materielle Beschlusskontrolle und Austrittsrecht.....	441
(2) Informations- und Mitteilungspflichten .....	441
D. Besondere Aspekte bei börsennotierten Aktiengesellschaften .....	443
1. Allgemeines .....	443
2. Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre und andere Schutzinstrumentarien .....	443
3. Schutz durch börserechtliche Informationspflichten.....	445
E. Rechtsschutzfragen .....	446
1. Grundlegendes.....	446
2. Beschlussanfechtung .....	447
3. Aktionärsklagen .....	448
a) Zulässigkeit .....	448
b) Einstweiliger Rechtsschutz .....	450
4. Andere Rechtsbehelfe .....	451
<b>Drittes Kapitel: Konzernbildungskontrolle bei der (potenziell) beherrschenden GmbH.....</b>	<b>451</b>
I. Allgemeines .....	451
A. Vorgehensweise.....	451
B. Die generelle Zuständigkeitsordnung in der GmbH .....	452
C. Prinzip der Vertragsfreiheit im GmbH-Recht – Mögliche gesellschaftsvertragliche Abweichungen.....	453
II. Rechtsinstrumente des konzernrechtlichen Präventivschutzes .....	455
A. Schutz durch Gestaltung des Gesellschaftsvertrags .....	455
1. Statuierung von Zustimmungsvorbehalten.....	455
2. Relevanz der konkreten Umschreibung des Unternehmensgegenstandes .....	455
a) Schutzfunktion und Relevanz.....	455
b) Notwendigkeit einer Konzernöffnungs- bzw Holdingklausel .....	456
c) Faktisches Über- und Unterschreiten des Unternehmensgegenstandes .....	457
d) Rechtsfolgen.....	458
B. Gesetzliche Rechtsinstitute .....	460
1. Das Spezifikum des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG.....	460
2. Abspaltung zur Aufnahme ohne Anteilsgewähr .....	461
3. Die Abhängigkeitsbegründung generell als vorlagepflichtige Maßnahmen .....	461
a) Grundlagen.....	461
b) Konkrete Parameter der Vorlagepflicht .....	462
c) Zwischenfazit und Schlussfolgerungen.....	464
4. Notwendige Analogien hinsichtlich der Rechtsfolgen bei tiefgreifenderen Konzernbildungsmaßnahmen?.....	466

a) Analoge Anwendung des § 237 AktG.....	466
b) Holzmüller im GmbH-Recht?.....	470
aa) Allgemeines .....	470
bb) Eingeschränkte Anwendbarkeit und niedrigere quantitative Anwendungsvoraussetzungen? .....	471
cc) Satzungsfestigkeit der Doktrin im GmbH-Recht .....	473
dd) Beschlusserfordernisse und Rechtsfolgen.....	474
(1) Beschlusserfordernisse.....	474
(2) Vertretungsmacht und mögliche Rechtssanktionen.....	475
(3) Informationsrechte der Gesellschafter .....	475
C. Rechtsschutzfragen.....	476
1. Grundlegendes .....	476
2. Beschlussanfechtung.....	477
3. Mitgliedschaftliche Gesellschafterklage.....	477
<b>VIERTER ABSCHNITT: KONZERNBILDUNGSKONTROLLE IM GLEICHORDNUNGSKONZERN .....</b>	<b>481</b>
<b>Erstes Kapitel: Ausgangslage.....</b>	<b>481</b>
<b>Zweites Kapitel: Rechtsdogmatische Grundlagen.....</b>	<b>481</b>
I. Grundsätzliches .....	481
II. Möglichkeiten und Arten des Gleichordnungskonzerns .....	483
<b>Drittes Kapitel: Präventive Schutzmechanismen.....</b>	<b>486</b>
I. AG .....	486
II. GmbH .....	487
<b>FÜNFTER ABSCHNITT: ZUSAMMENFASSUNG DER WICHTIGSTEN ERGEBNISSE .....</b>	<b>489</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>511</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>533</b>

# Erster Abschnitt: Grundlegung

## Erstes Kapitel: Einleitung und analytischer Rahmen

### I. Einführung in das Thema der Arbeit und Untersuchungsgegenstand

„*Im Konzern ist alles anders*“, konstatierte bereits vor etwa dreißig Jahren ein prominenter deutscher Gesellschaftsrechtslehrer.<sup>1</sup> Auch wenn man über diesen Befund geteilter Meinung sein mag, ist doch zu vermerken, dass die besondere Dichotomie zwischen Einheit und Vielheit, die diesem Phänomen der Wirtschaftspraxis<sup>2</sup> anhaftet, der Jurisprudenz mithin komplexe Aufgaben zu lösen aufgibt. Kaum ein anderes Thema wird in der Gesellschaftsrechtswissenschaft derart intensiv behandelt. Die verstärkte rechtswissenschaftliche Durchdringung resultiert mitunter auch aus der Praxisrelevanz. Ist doch die Konzernbildung (Unternehmenskonzentration)<sup>3</sup> als reale Erscheinung ein typischer Vorgang in einer marktwirtschaftlich ausgerichteten Gesellschaft.<sup>4</sup> Heutzutage sind im Geschäftsverkehr Unternehmensverbindungen der Regelfall und nicht die Ausnahme.<sup>5</sup> Durch diesen Prozess, der auf unterschiedlichste Art und Weise erfolgen kann,<sup>6</sup> werden rechtlich (weiterhin) selbstständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter eine einheitliche Leitung<sup>7</sup> zusammengefasst.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Wiedemann, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht (1988) 9.

<sup>2</sup> Vgl dazu *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 240 ff.

<sup>3</sup> Die Begriffe *Unternehmenskonzentration* und *Konzernbildung* werden in der Folge synonym verwendet. Vgl zum (im deutschen Schrifttum am Vordringen befindlichen) Begriff der *Gruppenbildung*: *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften<sup>6</sup> (2015) § 58 Rz 2; sowie rechtsvergleichend dazu *Druey*, Das deutsche Konzernrecht aus der Sicht des übrigen Europa in *Lutter*, Konzernrecht im Ausland (1994) 310 (351 ff).

<sup>4</sup> Vgl dazu *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 1.1; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>6</sup> § 58 Rz 9 ff; *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht<sup>11</sup> (2019) 8 ff; *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle (1994) 7 ff.

<sup>5</sup> So auch *Schima/Prankl*, Probleme der Willensbildung bei der Abberufung und Kündigung von GmbH-Geschäftsführern im Konzern, GES 2017, 291; vgl dazu auch The European Model Company Act (EMCA), Draft 2015, Chapter 15, General Comments, National Law; Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 5.4.2011, 59, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/reflectiongroup\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf) (zuletzt abgerufen am 9.5.2019).

<sup>6</sup> Zu den verschiedenen Möglichkeiten siehe zB auf S 327 ff; sowie zB *Lutter/Timm*, Konzernrechtlicher Präventivschutz im GmbH-Recht, NJW 1982, 409 (412 ff) *Prantl*, Konzernbildung und Minderheitenschutz in Deutschland (1994) 24 ff; *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007) 158 ff; eingeschränkt auf die GmbH: *Grauer*, Konzernbildungskontrolle im GmbH-Recht (1991) 10 ff.

<sup>7</sup> Zur einheitlichen Leitung siehe S 65 ff; ferner *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 1.127.

<sup>8</sup> Vgl § 15 Abs 1 AktG; ferner *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>6</sup> § 58 Rz 1 f.

Dadurch entsteht eine Unternehmensgruppe bzw ein *polykorporatives Unternehmen*,<sup>9</sup> das wirtschaftlich als Einheit geführt wird, sich jedoch durch die rechtliche Selbständigkeit seiner Gliedunternehmen auszeichnet.<sup>10</sup>

Gleichwohl ist bei all den Vorteilen, die dieser Vorgang und Zustand verspricht, zu bedenken, dass die Effekte der Konzernbildung bis heute umstritten geblieben sind.<sup>11</sup> Dabei ergeben sich nämlich besondere Risiken bzw Nachteile für die beteiligten Interessengruppen. Neben der volkswirtschaftlichen Problematik, dass sich durch die Unternehmenskonzentration oligo- bzw monopolistische Strukturen entwickeln können, die die in der Marktwirtschaft bestehende Wettbewerbsordnung gefährden,<sup>12</sup> sind auch gesellschaftsinterne Gefahren zu beachten. Diese bestehen grundsätzlich für die beteiligten Interessensgruppen bei gleichgeordneten, beherrschenden als auch abhängigen Rechtsträgern.<sup>13</sup> Besonders plakativ zeigen sich derartige Probleme in der Praxis, wenn abhängige Rechtsträger „ausgehungert“ werden oder wenn Gewinn- und Geschäftschancen im Rahmen des Konzernverbundes von einer Gesellschaft auf eine andere verlagert werden. Insbesondere deswegen besteht allgemein ein Bedürfnis nach einer geeigneten Konzernbildungskontrolle als *Präventivschutz*;<sup>14</sup> ebenso, weil Schutzmechanismen bei bestehenden Konzernverhältnissen zumeist zu kurz greifen<sup>15</sup> und etwa die beherrschenden Gesellschafter<sup>16</sup> ihre anderweitigen (wirtschaftlichen) Interessen dann bereits gegen die Minderheitsgesellschafter durchgesetzt haben können.<sup>17</sup> Zudem ist die Konzernleitungskontrolle in Österreich im Vergleich zum deutschen Recht nicht derartig entwickelt.<sup>18</sup> Hier setzt die Lehre von der Konzernbildungskontrolle an. Hinter diesem Sammelbegriff verbirgt sich ein Konvolut an substantziellen Fragestellungen, die – zumindest in Österreich – noch unzureichend beleuchtet wurden.

<sup>9</sup> Zu diesem Begriff: *Bälz*, Verbundene Unternehmen AG 1992, 277 (278 ff).

<sup>10</sup> *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>6</sup> (2015) § 58 Rz 1.

<sup>11</sup> Vgl dazu genauer auf S 39 ff; ferner dazu besonders eindrücklich *Hommelhoff*, Konzernorganisation und Haftungsbeschränkung, ZGR 2019, 379 (400): „Selbstverständlich: Die aus ihrem Leistungspotential resultierende besondere Wirkkraft der Konzerne, namentlich die der international aufgestellten, birgt mannigfache Gefahren im Wettbewerb und darüber hinaus nicht selten sogar für ihre Sitzstaaten, aber auch zulasten der Außenseiter in den Konzerngliedgesellschaften. Diesen ganz vielfältigen Gefahren muss begegnet werden – durch einen Kranz unterschiedlicher Einzelmaßnahmen auf der nationalen, europäischen und internationalen Ebene, die auf die jeweiligen Gefahren in präziser Abwehr vorbeugend abzielen sollten, also mitnichten durch Maßnahmen, die im Übermaß darauf angelegt sind oder auch nur tatsächlich darauf hinwirken, den Konzern als Organisationsform unbrauchbar zu machen oder gar ihn zu beseitigen. Der Konzern als solcher darf nicht länger ‚des Teufels‘ sein.“

<sup>12</sup> Dieser Problematik entgegenzutreten ist jedoch Aufgabe des nicht näher behandelten Kartellrechts; vgl dazu *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>6</sup> § 58 Rz 12.

<sup>13</sup> Vgl dazu *U. Torggler*, Treuepflichten 162 f mNw.

<sup>14</sup> *U. Torggler*, Treuepflichten 153.

<sup>15</sup> Vgl dazu *U. Torggler*, Treuepflichten 153 ff.

<sup>16</sup> Bzw auch die von den beherrschenden Gesellschaftern eingesetzten Geschäftsleiter.

<sup>17</sup> *Raiser*, Wettbewerbsverbote als Mittel des konzernrechtlichen Präventivschutzes in FS *Stimpel* (1985) 855 (859).

<sup>18</sup> Vgl dazu *Doralt/Diregger* in *Doralt/Kalss/Nowotny*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 115 Rz 120 ff.

## II. Gang der Untersuchung und Methodik

Um eine fundierte Vorgehensweise sicherzustellen, werden anfangs das Phänomen der Konzernbildung sowie seine (wirtschaftlichen) Motive näher untersucht. Danach wird der Frage nachgegangen welchen Regelungszugang der österreichische Gesetzgeber (im Vergleich mit anderen Rechtsordnungen) verfolgt. Dabei sollen eine historische Analyse und eine rechtsvergleichende Aufarbeitung helfen, um dann einordnen zu können, welche Ziele das Konzernrecht österreichischer Prägung verfolgt. Denn es ist für das weitere Verständnis von grundlegender Bedeutung, die zentralen rechtlichen Grundlagen bzw die Anknüpfungspunkte des Konzernrechts allgemein herauszuarbeiten. Die Grundlegung soll dann mit theoretisch-konzeptionellen Überlegungen zur Konzernbildungskontrolle sowie zentralen dogmatischen Aspekten für die gesamte Abhandlung enden.

Auf diesem dogmatischen Fundament soll in der Folge die Thematik speziell im Hinblick auf die zwei Kapitalgesellschaftsformen<sup>19</sup> analysiert werden. Im Zuge dessen werden die einzelnen Rechtsinstrumentarien der Konzernbildungskontrolle erarbeitet. Des Weiteren ist infolge unterschiedlicher Problemstellungen im Unterordnungskonzern zwischen der Konzernbildungskontrolle einerseits im herrschenden und andererseits im abhängigen Unternehmen zu unterscheiden. Die Behandlung des Gleichordnungskonzerns folgt danach. Ebenso erscheint eine Untergliederung zwischen privatautonomem und gesetzlichen Präventivschutz sinnvoll. Ungeachtet des Hauptaugenmerks auf die Abhängigkeitsbegründung als zentralen Zeitpunkt für die Konzernbildungskontrolle, soll auch untersucht werden, ob bei allfällig nachfolgenden Stufen des Konzernierungsprozesses darüber hinausgehend Maßnahmen (iSe Konzernfortbildungskontrolle) notwendig sind.<sup>20</sup> Die gewonnenen Erkenntnisse werden dann abschließend zusammengefasst.

All dies erfolgt unter Zugrundelegung sowohl der österreichischen als auch der deutschen Rechtsprechung und Lehre, weil letztere bei den diesbezüglichen Fragestellungen seit Jahrzehnten zahlreiche Diskussionen führt und das deutsche Unternehmens- und Gesellschaftsrecht über weite Strecken dem österreichischen Rechtsrahmen überaus ähnlich ist.<sup>21</sup> Angewendet werden die klassischen Interpretationsmethoden.<sup>22</sup> Darüber hinaus sollen neben rechtsverglei-

---

<sup>19</sup> Gleichwohl ergeben sich die durch die die Konzernbildung herbeigeführten Risiken und Nachteile für die Beteiligten weitestgehend unabhängig von der konkreten Rechtsform der Gesellschaft.

<sup>20</sup> Vgl dazu *Hommelhoff*, Förder- und Schutzrecht für den GmbH-Konzern, ZGR 2012, 535 (551 ff).

<sup>21</sup> Zu beachten ist, dass es im deutschen Recht (anders als in Österreich) ein umfassend kodifiziertes Konzernrecht bzw Recht der verbundenen Unternehmen (§§ 291 ff dAktG iVm §§ 15 ff dAktG) gibt und somit die dort entwickelten Lösungswege nur übertragbar sind insofern sie mit dem österreichischen Rechtssystem inhärenten Gedanken und Wertungen vereinbar sind

<sup>22</sup> Rechtstheoretisch nimmt die vorliegende Arbeit ihren Ausgang bei der von *Larenz* beschriebenen dreiteiligen Aufgabenkompetenz der Rechtswissenschaft (i) Auslegung, (ii) Fortbildung

chenden<sup>23</sup> Aspekten mitunter interdisziplinäre Erkenntnisse hilfsweise genutzt werden.<sup>24</sup> Zu diesen zählen vor allem Erkenntnisse aus der (Verhaltens-)Ökonomie.<sup>25</sup>

## Zweites Kapitel: Das Phänomen der Konzernbildung und diesbezügliche Regelungszugänge

### I. Die Konzernbildung

#### A. Grundlegendes – Historische Ursprünge des Konzerns

Erste Unternehmenszusammenschlüsse, die der heutigen Form des Konzerns ähnelten, gab es bereits im 15. Jahrhundert des (Bank-)Imperiums der Medici.<sup>26</sup> Im 19. Jahrhundert gab es im Rahmen der Montan- und Chemieindustrie<sup>27</sup> Ebenso waren Unternehmenskonzentrationen im Bierbrauerei- und im Mühlenwesen erkennbar.<sup>28</sup> In Deutschland sah man im 19. Jahrhundert den Konzern

---

durch gesetzmäßige Wertefaktoren und (iii) Systematisierung des Rechts. Zudem hat sich die Rechtswissenschaft immer an der Rechtswirklichkeit zu messen. Vgl dazu *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (1966).

<sup>23</sup> Hierbei ist jedoch zu unterscheiden: Allgemein soll dies einerseits in einem kurz gehaltenen Kapitel mittels funktioneller Rechtsvergleichung bzw mittels Überblick über die verschiedenen Regelungszugänge zum Konzernrecht aus der Vogelperspektive erfolgen andererseits soll bei einzelnen Rechtsinstrumentarien an geeigneten Passagen Vergleiche zu Detailspekten in anderen Rechtsordnungen gezogen werden. Siehe zu allgemeinen Mitteln der Rechtsvergleichung: *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) 33 ff.

<sup>24</sup> Auf die Notwendigkeit wirtschaftliche, soziologische, politikwissenschaftliche Aspekte in die Rechtswissenschaft Eingang finden zu lassen bzw letztlich auch Rechtsstatsachenforschung zu betreiben hat schon *Franz Klein*, Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft hingewiesen passim *Kalss*, Mögliche Forschungsfelder in der nächsten Dekade im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts, ZGR 2007, 520. Auch wenn wohl in den letzten Jahren nicht originär in die Jurisprudenz eingebettete Aspekte wie die der Ökonomie oder Soziologie verstärkter berücksichtigt werden, so ist die Erkenntnis Erfahrungen aus anderen Wissenschaften in die rechtswissenschaftliche Erkenntnisfindung einzubauen, nicht erst ein paar Jahre alt. Auch *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft 22 sprach bereits davon, dass soziale und wirtschaftliche Gegebenheiten notwendigerweise in die moderne Rechtswissenschaft Eingang finden sollten.

<sup>25</sup> Vgl dazu etwa *Schmolke/Fleischer/Zimmer*, Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument für das Wirtschaftsrecht (2011).

<sup>26</sup> *De Roover*, The Rise and Decline of the Medici Bank (1963) 81; ferner ein geschichtlicher Abriss abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2003/10/Medici> (30.5.2019).

<sup>27</sup> Vgl dazu *Altmeyden*, Die historischen Grundlagen des Konzernrechts in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel (2007) II 1027; *Detling*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965 (1997); *Krejci*, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unternehmensformen? Gutachten für den 10. ÖJT (1988) 230; *Bechtel*, Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands (1967) 360.

<sup>28</sup> Während es im Gebiet des heutigen Österreich 1841 noch circa 1200 Brauereien gab, betrug die Zahl 1913 nur noch 135. Vgl dazu *Sandgruber* in *Pernsteiner*, Handbuch Fusionen (2002) 19 (24).

als idealtypische Form des Kartells an.<sup>29</sup> Problematisiert wurde dabei vor allem die Wirkung von Konzerngebilden auf die Marktwirtschaft, insbesondere vor dem Hintergrund der durchaus zahlreichen Unternehmensbankrotte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich.<sup>30</sup> Auffällig waren damals die vielfachen Unternehmensverflechtungen<sup>31</sup> zwischen Industrie und Finanzwesen.<sup>32</sup> Wirtschaftsgeschichtlich wird davon ausgegangen, dass zu dieser Zeit der Einfluss der kartellierten Großbanken weltweit nirgendwo so groß war im Habsburgerreich.<sup>33</sup> In weiterer Folge ermöglichte die Einführung der Rechtsform der GmbH und die Eliminierung des Konzessionssystems für die Aktiengesellschaft<sup>34</sup> dem Konzern (als Phänomen der Rechts- und Wirtschaftswirklichkeit) einen bedeutenden Aufschwung.<sup>35</sup> Einen weiteren Schub gab es dann in der Entwicklung von Konzernrechtsverhältnissen als gerichtlich anerkannt wurde, dass auch juristische Personen Gesellschafter von AG und GmbH sein können.<sup>36</sup> Gleichwohl ist aus österreichischer Sicht anzumerken, dass die Konzentrationsbewegungen großen Schwankungen unterlagen. So folgten auf Zeiten, wie etwa Anfang des 20. Jahrhunderts, in denen vor allem die Wiener Großbanken (insbesondere die Credit-Anstalt) über ein beeindruckendes Konglomerat an Unternehmensbeteiligungen (von der Zuckerindustrie über die Spiritusindustrie bis hin zur Schifffahrt) verfügten, drastische Verluste an In- und Auslandsbeteiligungen.<sup>37</sup> Einschneidende Ereignisse waren vor allem der Zerfall der Habsburgermonarchie, die Hyperinflation nach dem Ersten Weltkrieg sowie die NS-Zeit, in der es im Rahmen der „Arisierungen“ zu erzwungenen Übernahmen kam.<sup>38</sup> Paradigmatisches Beispiel für die wechselhafte Geschichte österreichischer Großkonzerne ist neben *Böhler* insbesondere *Semperit*<sup>39</sup>. In der Nachkriegszeit beteiligte sich vor allem der Staat selbst an vielen

<sup>29</sup> *Altmeyen* in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II 1027 (1029 f).

<sup>30</sup> *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklungen 241 f; ferner *Milchrahm* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 115 Rz 1.

<sup>31</sup> Darunter verstand man damals Konzernverhältnisse; *Landesberger*, Welche Maßregeln empfehlen sich für die rechtliche Behandlung der Industrie-Kartelle?, Verhandlungen zum 26. DJT/II 294 ff, 301; *Großfeld*, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär (1968) 152 ff, wobei der Begriff des Konzerns keine Schöpfung der Rechtswissenschaft ist, sondern vielmehr aus dem internationalen Sprachgebrauch (concern) in die Rechtswissenschaft importiert wurde.

<sup>32</sup> *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklungen 241 f.

<sup>33</sup> Vgl dazu *Hilferding*, Das Finanzkapital (1910) 52 ff.

<sup>34</sup> *Altmeyen* in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II 1027 (1029); für Ö: *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklungen 328.

<sup>35</sup> *Detting*, Entstehungsgeschichte 52; *Altmeyen*, in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II 1027 (1029).

<sup>36</sup> *Großfeld*, Aktiengesellschaft 150.

<sup>37</sup> Vgl dazu *Sandgruber* in Pernsteiner, Fusionen 26 ff.

<sup>38</sup> *Sandgruber* in Pernsteiner, Fusionen 26 ff.

<sup>39</sup> In der Zeit zwischen den zwei Weltkriegen, war Semperit ein Konzern mit Auslandsbeteiligungen in zahlreichen, vor allem osteuropäischen, Ländern. Nach dem Zweiten Weltkrieg gingen diese Beteiligungen und damit sämtliche Zweigniederlassungen verloren.

großen Unternehmensgruppen bzw wurden zahlreiche Industriekonzerne verstaatlicht.<sup>40</sup> Heute sind Konzentrationstendenzen in Österreich vor allem im Banken- und Lebensmittelsektor augenscheinlich.<sup>41</sup>

Generell sind Unternehmensverbindungen heutzutage der Regelfall.<sup>42</sup> So zeigt eine rechtstatsächliche Studie<sup>43</sup> aus dem Jahre 2013, dass etwa 98 % aller GmbHs in Deutschland verbunden bzw abhängig mit/von anderen Gesellschaften sind. Dabei wurde erhoben, dass 63,45 % unmittelbar beherrscht sind. In Österreich liegt die Annahme nahe, dass aufgrund der nahezu identen Rechtslage bzw dem ähnlichen wirtschaftlichen Umfeld, die rechtstatsächliche ähnlich gestaltet sein wird.

## B. Die Konzernbildung als vielfältiger Prozess und Zustand in der Rechtswirklichkeit

Ungeachtet der exakten rechtlichen Beschreibung des Konzerns und dessen konkreter Anknüpfungspunkte,<sup>44</sup> ist es wichtig an dieser Stelle vorab anzumerken, dass, wenn hier bisher vom Konzern gesprochen wurde, Zustand und Prozess gleichermaßen gemeint waren. MaW: Der Konzern iSe eines bestimmten rechtlich umschriebenen organisatorischen Zustands kann aus verschiedensten Entstehungsprozessen resultieren (die mal mehr, mal weniger lange dauern) bzw darauffolgend auch mannigfaltig fort- und umgebildet werden.<sup>45</sup> In einem Szenario etwa erfolgt die Konzernierung in einem rechtstechnischen Schritt durch den Erwerb einer (Mehrheits-)Beteiligung, im anderen sukzessive auf Grundlage mehrerer strukturverändernder Maßnahmen im Rahmen eines Gesamtplans. Aber auch die Konzernorganisation in der faktischen Konzernlage ist ungemein flexibel ausgestaltbar.<sup>46</sup> Diese Flexibilität zeigt sich etwa an der Auswahlmöglichkeit der (inter-)nationalen Rechtsformen, den Beteiligungsquoten an den Tochtergesellschaften sowie der verschiedenartig ausgestaltbaren Leitungintensität (zB zentral oder dezentral).<sup>47</sup> Auch aufgrund dieser flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten wird der faktische Konzern auch als *Kul-*

---

<sup>40</sup> Vgl dazu *Lackinger*, Die Verstaatlichungen in Österreich 113 ff.

<sup>41</sup> Vor allem der österreichische Lebensmittelhandel weist jetzt eine sehr starke Konzentration auf. Die drei größten Konzerngruppen Rewe, Spar und Hofer haben alle mehr als 20 % bzw 30 % Marktanteil. Vgl dazu abrufbar unter <https://www.handelszeitung.at/handelszeitung/konzentration-im-lebensmittelhandel-steigt-125975> (15.7.2019).

<sup>42</sup> So auch *Schima/Prankl*, GES 2017, 291.

<sup>43</sup> *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2014, 12 (16) (Stand: 7.11.2013).

<sup>44</sup> Siehe dazu auf S 64 ff.

<sup>45</sup> Noch immer von besonderem Wert für dieses treffende Verständnis: *Lutter/Timm* NJW 1982, 409.

<sup>46</sup> *Windbichler*, Konzernrecht: Gibt es das? NZG 2018, 1241, 1246; *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (393 ff).

<sup>47</sup> *Amstutz*, Globale Unternehmensgruppe (2017) 67 f; *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (393 ff); ferner auch European Model Company Act, Kapitel 16.

*turgut der Privatautonomie* bezeichnet.<sup>48</sup> Unbeschadet dessen sind von der Konzernbildung, als Form der Binnenbeherrschung, Kartelle<sup>49</sup> als Konzept von verbandsexternen Zusammenwirken und Einflussnahmen in Gestalt etwa von Preisabsprachen oder Vertriebssystemen mit Dritten zu unterscheiden. Typische Beispiele sind Vertragsbeziehungen am Getränkemarkt (Getränkeliieferungsverträge von Brauereien mit den Gasthäusern) oder zB Franchisesysteme<sup>50,51</sup>

Gleichwohl ist jedoch die Konzernierung bzw die Unternehmenskonzentration in tatsächlicher Hinsicht zumeist auch kein einmaliger, unveränderlicher Organisationszustand. In den meisten Fällen (vor allem in größeren Unternehmensgruppen) handelt es sich um einen fortwährenden Prozess.<sup>52</sup> Dieser folgt auch keinem bestimmten Schema. Ein Konzern kann auf unterschiedlichste Art und Weise hergestellt, fort- und umgebildet sowie mitunter auch wieder rückgängig<sup>53</sup> gemacht werden. Daher sind auch die Erscheinungsformen sehr vielfältig.<sup>54</sup> Sie reichen von klein- und mittelständischen Unternehmern, die (un-)bewusst mehrere rechtlich selbstständige Rechtsträger einheitlich leiten bis zu internationalen Konzerngruppen, die weltweit mittels verflechteter operativer Gesellschaften agieren. Vor allem bei Zweiteren ist das dynamische Moment der Konzern(um)bildung offensichtlich erkennbar. Dabei spielt oftmals ein Konvolut verschiedenster Faktoren rechtlicher, wirtschaftlicher und psychologisch-(persönlicher) Natur eine maßgebliche Rolle.

Zudem ist zu beachten, dass sich die Konzernstrukturen regional stark unterscheiden. Während in den USA und dem Vereinigten Königreich Unternehmensgruppen so gut wie nie Minderheitsgesellschafter auf unteren Konzernstufen vorhanden sind, ist dies demgegenüber in Kontinentaleuropa (vor allem bei Tochter- oder (Ur-)Enkelgesellschaften) durchaus üblich.<sup>55</sup> In Kontinental-

<sup>48</sup> *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (398).

<sup>49</sup> Wobei wie bereits angeklungen historisch gesehen Konzerne als optimale Form des Kartells angesehen wurden; vgl dazu *Altmeyden* in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II 1027 (1029 f).

<sup>50</sup> Vgl dazu *Baums*, Unternehmensfinanzierung § 40 Rz 3 mNw.

<sup>51</sup> Ebenso sind daneben genossenschaftliche Unternehmenszusammenschlüsse zur Finanzierung der kreditgenossenschaftlichen Mitglieder (wie etwa Raiffeisen- und Volksbanken) als strukturell vom Konzern abweichende Art des (Unternehmens-)Zusammenschluss zu unterscheiden. Dies soll aber nicht bedeuten, dass es im Genossenschaftsrecht *per se* keine Konzernbeherrschung geben kann.

<sup>52</sup> Dieser etappenartige Prozess bzw die verschiedenen Stufen sind jedoch zumeist schwierig abzugrenzen, weil die Übergänge ineinander verlaufen; vgl dazu *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht<sup>11</sup> 9.

<sup>53</sup> Zur Entherrschung *Doralt/Diregger*, MüKo, AktG<sup>4</sup> (2015) öKonzernR 30 ff.

<sup>54</sup> Vgl dazu auch *Baums*, Unternehmensfinanzierung § 40 Rz 29 ff mNw.

<sup>55</sup> Siehe dazu *Gelter* in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 7.1 mNw der ebenso auf die japanische Besonderheit hinweist, wonach im Rahmen von *Kereitsu* die intensive Unternehmenskoordination nicht durch einen kontrollierenden Gesellschafter wahrgenommen wird, sondern von einer gemeinsamen Hausbank.

europa ist besonders stark in südeuropäischen Ländern wie Italien oder Spanien, aber auch in Österreich, erkennbar, dass Unternehmerfamilien<sup>56</sup> als Kernaktionäre beherrschende Beteiligungen auf Ebene der Obergesellschaft besitzen und diese zwar mit jeder weiteren Konzernstufe bzw zusätzlichen Konzern-tochter im Vertikalverhältnis und dabei mitunter vorhandenen Minderheitsgesellschaften verwässern, aber dennoch aufgrund der Beteiligungskette ein gesichertes Beherrschungsverhältnis bis zur letzten Stufe besteht.<sup>57</sup> Andererseits ist in Großbritannien sowie auch in den USA der Streubesitz auf Ebene der Obergesellschaft viel größer als in Kontinentaleuropa. Im englischsprachigen Raum wird das Bestehen von Großaktionären<sup>58</sup> auf Ebene der Obergesellschaft als Anzeichen einer Unterentwicklung eines effizienten Kapitalmarkts angesehen.<sup>59</sup> Insgesamt zeigt sich also, dass Konzernierungsvorgänge vielfältige und oft ambivalente Vorgänge und Organisationszustände sind.

### C. Die Konzernbildung/Unternehmenskonzentration aus wirtschaftlicher Sicht

#### ***1. Allgemeines – Ökonomische Theorien im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht***

Im Laufe der folgenden Zeilen wird untersucht, inwiefern die Konzernbildung aus wirtschaftlicher Sicht zu bewerten ist sowie ob bzw gegebenenfalls wie diese Erkenntnisse für den rechtswissenschaftlichen Auslegungsprozess fruchtbar gemacht werden können.<sup>60</sup> Allgemein finden auch in (Kontinental-) Europa ökonomische Erkenntnisse zunehmend Eingang in die Rechtswissenschaft.<sup>61</sup> In den USA, dem Ursprungsland der ökonomischen Analyse des Rechts,<sup>62</sup> ist dies schon lange Standard.<sup>63</sup> Dabei ist in den letzten Jahren der Trend zu erkennen, dass nicht mehr nur Erkenntnisse aufbauend auf dem *homo*

---

<sup>56</sup> Siehe zu Familienunternehmen *Fleischer*, Familiengesellschaften und Familienverfassungen: Eine historisch-vergleichende Standortbestimmung, NZG 2017, 1201; sowie auf S 85 ff genauer dazu.

<sup>57</sup> Vgl dazu *Bianchi/Bianco/Enriques* in Barca/Becht, The Control of Corporate Europe (2002) 170 ff; aus Sicht des Gläubigerschutzes *Auer*, Gläubigerschutz bei Vermögensbewegungen down-stream (2016).

<sup>58</sup> Gemeint sind Rechtsträger, die die weitaus überwiegende Mehrheit am Kapital der Gesellschaft halten, der zumeist operativ-strategische Ziele mit der Beteiligung verfolgt.

<sup>59</sup> Dazu *Gelter* in Krejci/Haberer, Konzernrecht Rz 7.9 mNw.

<sup>60</sup> Vgl dazu besonders verdienstvoll *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1.

<sup>61</sup> Vgl dazu *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 299 mNw.

<sup>62</sup> Vgl dazu *Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991) 331; grundlegend etwa *Adams*, Ökonomische Theorie des Rechts<sup>2</sup> (2004); *Posner*, Economic Analysis of Law<sup>8</sup>.

<sup>63</sup> Wobei letztlich dann auch dort die Wirkung eher von akademischer Natur ist. Denn in der richterlichen Rechtssprechungspraxis ist der Einfluss nicht derart ausgeprägt; vgl dazu *Fink*, Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics (2004) 55.

*oeconomicus* hinsichtlich der Reduzierung von Transaktionskosten (was ursprünglich) das Hauptanliegen der ökonomischen Analyse des Rechts war, Eingang finden,<sup>64</sup> sondern vermehrt auch auf die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie (*behavioral economics*) zurückgegriffen wird.<sup>65</sup>

Der eigenständige Erkenntniswert der ökonomischen Analyse des Rechts (im klassischen Sinne ausgerichtet auf Transaktionskosteneinsparung) soll aber nicht überschätzt werden, denn bei der Rechtsetzung durch den Gesetzgeber bzw bei der Auslegung durch den Rechtsanwender,<sup>66</sup> liegen zumeist ebenfalls auch (zumindest implizit) Effizienzüberlegungen zu Grunde.<sup>67</sup> Demnach haben ökonomische Überlegungen lediglich Sensibilisierungswert bzw unterstützenden Wert vor allem bei der teleologischen Auslegung. Somit sollen hier zwar die Vor- und Nachteile der Konzernbildung aus wirtschaftlicher bzw rechtsökonomischer Sicht bearbeitet werden, um sie zwar im Zuge der teleologischen Interpretation berücksichtigen zu können, gleichwohl bilden sie keine eigenständige Interpretationskategorie.

## ***2. Betriebs-, finanz- und volkswirtschaftliche Aspekte der Konzernbildung***

Generell ist die Beurteilung der (wirtschaftlichen) Vor- und Nachteilen bestimmter Vorgänge stets eng mit dem gewählten Blickwinkel verbunden. So können etwa Aspekte, die aus Sicht des beherrschenden Rechtsträgers als positiv anzusehen sind, von anderen Interessengruppen wie Minderheitsgesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern demgegenüber als überwiegend negativ angesehen werden.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> Kodek in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 6 Rz 229 mNw.

<sup>65</sup> Diese hat zum Ziel nicht permanent rationales Entscheidungsverhalten von Akteuren am Markt konkret zu ergründen. Dazu wird mitunter auf Laborexperimente zurückgegriffen. Vgl dazu *Schmolke/Fleischer/Zimmer*, Verhaltensökonomik als Forschungsinstrument; ferner *Normann*, *Experimental Economics* in Collins et al, *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law (2008) 773 ff.

<sup>66</sup> Vgl dazu auch *Schauer* in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 6 Rz 33 mNw.

<sup>67</sup> So auch *G. Wagner*, *Privatrechtsdogmatik und ökonomische Analyse* in FS Canaris (2017), 281 (318).

<sup>68</sup> Aus Sicht der heute im rechtsökonomischen Schrifttum bei Untersuchung von Interessen der beteiligten Parteien einer Gesellschaft bzw deren Spannungsverhältnis vorherrschenden Agency-Theorie wird zumeist insbesondere in geschlossenen Gesellschaften der Mehrheitsgesellschafter als Agent eingeordnet. Denn die Geschäftsführungsorgane arbeiten zumeist sehr eng mit diesem zusammen. Im Verhältnis zu den Gläubigern und anderen Stakeholdern wie etwa Arbeitnehmern sind die Geschäftsleiter im Verbund mit (beherrschenden) Gesellschaftern als die Agenten zu betrachten. Wenn man demnach nun die Interessenlage und mögliche Beeinträchtigungen vergleicht so zeigt sich, dass vor allem Minderheitsgesellschafter und Gläubiger bei *moral hazards* der Mehrheitsgesellschafter (der Verwaltungsorgane), die in ihrem Interessen handeln, bei bestimmten Konzern(bildungs)vorgängen auf ähnliche Weise gefährdet sind. Siehe dazu *Gelter* in in *Haberer/Krejci*, *Konzernrecht* 7.24. Grundlegend ferner *Jensen/Meckling*: *Theory of the firm. Managerial behavior, agency costs, and ownership structure*, *Journal of Financial Economics* 1976, 305 ff.

Im Folgenden sollen daher Vor- und Nachteile gleichermaßen aufgezeigt werden. Der Konzernierungsprozess hat vielfältige betriebswirtschaftliche Gründe.<sup>69</sup> Im Wesentlichen bietet er eine Möglichkeit sich ua durch Synergieeffekte im Wettbewerb zu behaupten.<sup>70</sup> Man spricht dabei häufig von „*economies of scale*“, also durch Größeneffekte erzielte Kostenersparnisse in den verschiedenen Betriebsteilen (zB im Einkauf, Vertrieb oder Produktion).<sup>71</sup> Natürlich können dadurch mitunter Kredit- und Finanzierungsmöglichkeiten erleichtert werden bzw durch Abstimmung von Produktion- und Vertriebsverhältnissen in Vertikalverhältnissen die Aufgabenverteilung stringenter gemacht werden.<sup>72</sup> Teilweise kommen aber auch keine Synergieeffekte zu Stande. Denn die Größenstruktur ist nicht stets mit der optimalen Betriebsorganisation gleichzusetzen. So muss eine Ausweitung der Größe durch Unternehmenskäufe oder andere Vorgänge nicht *per se* zu besserer Produktivität bzw einem höheren betriebswirtschaftlichen Gesamtergebnis führen.<sup>73</sup>

Weiters sind Risikostreuungs<sup>74</sup> und Rationalisierungseffekte<sup>75</sup> zu nennen. Im Rahmen der Risikostreuung ist vor allem der Effekt der Haftungssegmentierung zu erwähnen. Damit ist gemeint, dass in jeder Tochtergesellschaft des Konzerns (unabhängig davon, ob mit oder ohne Minderheitsgesellschafter) ein eigene, von den übrigen Konzerngesellschaften getrennte Gläubigergruppe besteht.<sup>76</sup> Somit bleiben (Haftungs-)Risiken – abgesehen von Ausnahmen, die jedoch aufgrund von Tendenzen in Rsp und Gesetzgebung immer zahlreicher werden<sup>77</sup> – zumeist auf Grundlage des kapitalgesellschaftsrechtlichen Tren-

---

<sup>69</sup> Vgl dazu *Theisen*, Konzern<sup>2</sup> (2001) 15, 91 ff, *Lutter/Scheffler/U. H. Schneider* in *Lutter/Scheffler/Schneider*, Konzernfinanzierung Rz 1.4 f; *Prantl*, Konzernbildung und Minderheitenschutz in Deutschland (1994) 38 ff; *Theisen*, Der Konzern<sup>2</sup> 91 ff; *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht 1.7 ff; vgl ferner *Lutter*, Das unvollendete Konzernrecht in FS K. Schmidt, 1009 der den Konzern als *unerhört leistungsfähig und unerhört flexibel* beschreibt.

<sup>70</sup> *Prantl*, Konzernbildung und Minderheitenschutz 38 f; *Theisen*, Der Konzern<sup>2</sup> 92.

<sup>71</sup> Vgl dazu etwa *Koppensteiner*, Gesellschafts- und Kartellrecht, wbl 2011, 285.

<sup>72</sup> *Altmeyden*, Interessenkonflikte im Konzern ZHR 171 (2007) 320 (334 f).

<sup>73</sup> *Kübler/Schmitt*, Gesellschaftsrecht und Konzentration (1988) 16 ff; *Liebscher*, Konzernbildungskontrolle 10; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften<sup>6</sup> § 50 Rz 11.

<sup>74</sup> *Schenk*, Konzernbildung, Interessenkonflikte und ökonomische Effizienz (1996) 227 f.

<sup>75</sup> Vgl *Haberer/Krejci* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht 1.9.

<sup>76</sup> *Böckli*, Kritische Würdigung des Vorschlags des Forum Europaeum on Company Groups aus schweizerischer Perspektive in *Hommelhoff/Lutter/Teichmann*, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, ZGR 2017, 363 (375 ff) mNw.

<sup>77</sup> Zu beachten ist aber, dass neben Tendenzen in anderen Rechtsbereichen wie dem Bank- Kapitalmarkt- Zivil- und Energierecht, vor allem die kartellrechtliche Rsp des EuGH (siehe *Akzo-Nobel* EuGH 10.9.2009, C 97/08 P, Slg 2009, I-8237) die Leistungskraft des faktischen Konzerns zunehmend schwächen bzw damit insbesondere die Haftungssegmentierung im Konzern (*Kallfass* in *Mestmäcker/Behrens*, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich [1991] 33 ff) wird damit eingeschränkt. Fundamentalkritisch diesbezüglich *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 und auch vor allem gegenüber dem Ansatz von *Schall*, Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter ZGR 2018, 479 (484 ff).

nungsprinzips bei den jeweiligen Konzerngesellschaften abgeschottet bzw schlagen sie regelmäßig nicht durch auf die Konzernobergesellschaft.<sup>78</sup>

Wie bereits erwähnt ist die Unternehmenskonzentration ein weltweites Phänomen. Zumindest in all jenen Ländern, die volkswirtschaftlich auf dem Prinzip des freien Wettbewerbs aufbauen ist dieser Vorgang bekannt.<sup>79</sup> Gerade im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr ist der Konzern als Unternehmensorganisationsform besonders leistungsstark.<sup>80</sup> Im grenzüberschreitenden Konzern kann durch die im jeweiligen Land ansässigen Tochtergesellschaften auf die spezifischen Aspekte der Nation (Kunden- Produkt- bzw Marktaspekte) konkret bzw besser eingegangen werden.<sup>81</sup> Es entstehen dadurch in Konzernlagen grenzüberschreitende Entwicklungs- und Produktions- und Verwaltungseinheiten.<sup>82</sup> Zugleich schafft die darüberstehende Konzernobergesellschaft einen konzerninternen Steuerungsausgleich zwischen den Interessen und Aktivitätsradien der Konzerngesellschaften.<sup>83</sup> Der Konzern wird demnach auch als die beste Organisationsform im europäischen Binnenmarkt und darüber hinaus bezeichnet.<sup>84</sup> Die sogenannten *Global Players* unter den Konzernen nützen im Zuge ihrer immer zahlreicheren Unternehmensverflechtungen weltweit die jeweiligen Vorteile einer Region, etwa steuerliche Vorteile, geringe Lohnnebenkosten bzw billige Arbeitskräfte oder die politische Stabilität. Durch diese länderübergreifende Ausdifferenzierung sind sie auch insgesamt stabiler hinsichtlich punktueller Verwerfungen in einzelnen Ländern (etwa politische Unruhen). Letztlich fördert auch der immer größer werdende Innovations- und Fortschrittsdruck auf die jeweilige wirtschaftliche Einheit die Unternehmenskonzentration. Naturgemäß korreliert damit aber die Gefahr, dass die sich dadurch bildenden oligo- oder monopolistischen Strukturen die volkswirtschaftliche Wettbewerbsordnung unserer Volkswirtschaft untergraben können.<sup>85</sup> Derartige Strukturen können sich dann aufgrund des weniger oder nicht vorhandenen

<sup>78</sup> *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (391); vgl ferner *Schön*, Der Anspruch auf Haftungsbeschränkung im Europäischen Gesellschaftsrecht, FS Hommelhoff, 1037; *Druey*, Die Zukunft des Konzernrechts FS Hommelhoff, 135 (156).

<sup>79</sup> Vgl dazu *Liebscher* in MüKo, GmbHG<sup>3</sup> (2018) Anh § 13 Rz 13 ff mNw.

<sup>80</sup> Vgl *Amstutz*, Globale Unternehmensgruppe (2017) 49 f; *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (391 f); ferner von *Werder*, Gruppeninteresse und Stakeholderbelange im Konzern in *Hommelhoff/Lutter/Teichmann*, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern (2017) 292 (304 ff).

<sup>81</sup> *Amstutz*, Globale Unternehmensgruppe (2017) 49 f; *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (391 f).

<sup>82</sup> *Schön*, Organisationsfreiheit und Gruppeninteresse, ZGR 2019, 343 (346); von *Werder* in *Corporate Governance im Konzern* 292 (304 ff).

<sup>83</sup> *Amstutz*, Globale Unternehmensgruppe (2017) 49 f; *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (391 f).

<sup>84</sup> Vgl *Fleischer*, ZGR 2017, 1 (29) mNw.

<sup>85</sup> Vgl dazu *Emmerich/Lange*, Kartellrecht<sup>14</sup> (2018) 3 f jüngst gab es im Flugliniensektor in Mitteleuropa derartige Tendenzen Vgl daz <https://diepresse.com/home/wirtschaft/unternehmen/5437524/LufthansaTickets-nach-AirBerlinPleite-um-bis-zu-30-Prozent-teurer>; vgl ferner *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379 (404 ff).